

A LIBERDADE DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA *

FREEDOM OF ARTISTIC SPEECH

Júlia Alexim Nunes da Silva

RESUMO

Temas como a arte e cultura vêm, cada vez mais, ganhando proeminência nos campos do direito constitucional e dos direitos fundamentais. Uma das conseqüências desse movimento é a consagração, nos textos constitucionais contemporâneos, do direito à liberdade de expressão artística, enquanto uma liberdade fundamental específica que compõe o quadro das liberdades de expressão. Tendo em vista que a arte é uma forma singular de expressão, também a liberdade artística se especifica e merece ser explorada como um direito autônomo. Diante disso, nosso objetivo neste trabalho é caracterizar a liberdade de expressão artística. Para isso, trataremos, primeiramente, da forma como essa liberdade está configurada na Constituição Brasileira de 1988. Depois exploraremos o conteúdo e as diferentes dimensões dessa liberdade para, finalmente, abordar sua natureza jurídica.

PALAVRAS-CHAVES: ARTE, EXPRESSÃO, LIBERDADE, DIREITOS FUNDAMENTAIS

ABSTRACT

Subjects like art and culture are, progressively, becoming more prominent in the fields of constitutional law and human rights. One of the consequences of this fact is the consignment, on contemporary constitutions, of the right of free artistic speech, as a specific liberty right, among those that integrate the more large category of freedom of speech. Since art is a singular form of expression, artistic freedom must also be treated as an autonomous right. Therefore, our intention in this paper is to characterize the artistic freedom of speech. In other to do that, we will, first, observe the configuration of this liberty on the Brazilian Constitution of 1988. Afterwards, we will the content and the different dimensions of this right to, finally, approach it's nature.

KEYWORDS: ART, SPEECH, LIBERTY, HUMAN RIGHTS

Introdução

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

Assistimos, atualmente, há um movimento cada vez mais forte de tratamento da cultura e da arte como temas centrais do direito constitucional, a ponto de surgirem expressões como Constituição Cultural e Estado de Cultura[1]. Exemplo disso é o fato de as Constituições posteriores à segunda guerra mundial, como a espanhola, a portuguesa e a brasileira, trazerem as mais extensas e detalhadas ordenações constitucionais da cultura. Seguindo esse movimento, a liberdade de expressão passa a ser compreendida não apenas como uma das mais importantes liberdades fundamentais, mas também como uma liberdade cultural. Mais do que isso, há uma ampliação do conteúdo da liberdade de expressão, de modo que ela passa a representar um conjunto de liberdades culturais ou de liberdades comunicativas, que envolve a liberdade de manifestação de opinião, a liberdade de imprensa, a liberdade de expressão científica e, também a liberdade de expressão artística[2]. No entanto, embora aglomeradas nesse direito mais amplo que é a liberdade de expressão, cada uma dessas liberdades possui características e fundamentos próprios. No caso da liberdade de expressão artística o fundamento autônomo desta liberdade[3] é a própria arte, quer dizer a faculdade de se expressar por meio de uma obra de arte constitui direito autônomo, diferenciado da manifestação da opinião ou outras formas de expressão. Desse modo, embora a definição da arte não seja objeto da ciência do direito mais sim do ramo da filosofia conhecido como estética, sendo, portanto, um conceito pré-jurídico, o jurista não deve abster-se de investigar os contornos específicos da liberdade de expressão artística.

Nosso objetivo, portanto, neste trabalho é expor os contornos gerais dessa liberdade com fim de demonstrar sua importância e a sua natureza de direito fundamental. Para isso, trataremos, primeiramente, da configuração dessa liberdade no direito positivo brasileiro, mais especificamente nas previsões expressas da Constituição de 1988. Em seguida, trataremos do conteúdo dessa liberdade na tentativa de explorar quais as ações e faculdades abrangidas por essa liberdade, desvendar os limites imanentes dessa liberdade e listar um conjunto de fundamentos para eventuais restrições à liberdade de expressão artística. Depois, trataremos das diferentes dimensões dessa liberdade, a dimensão subjetiva, a dimensão objetiva, a dimensão negativa e a dimensão positiva. Por fim, será abordado problema da natureza jurídica da referida liberdade.

1.A Liberdade de Expressão Artística na Constituição de 1988

O artigo 5º, IV, da Constituição Brasileira, dispõe que “*é livre a manifestação do pensamento*”. A Lei Maior consagra, assim, um direito à liberdade de expressão, compreendida aí qualquer forma de expressão inclusive a artística[4]. Ou seja, na ordem constitucional brasileira, estão incluídas, na liberdade de manifestação do pensamento, a manifestação de opinião, bem como todas as formas de criação cultural artística ou científica[5]. Ainda assim, no artigo 5º IX, que trata da vedação da censura, a Constituição consagra especificamente “*a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística e de comunicação, independentemente de censura ou licença*” Desse modo, a Constituição consagra a liberdade de expressão em sentido amplo, incluindo a liberdade de expressão artística. O constituinte brasileiro não sentiu necessidade de consagrar a liberdade artística em um dispositivo próprio, o que não significa que ela não esteja garantida. José Afonso da Silva[6] afirma que uma disposição constitucional expressa que desvincule a liberdade de criação e expressão artística da liberdade de expressão em geral é desnecessária. Segundo o jurista, esta

distinção era necessária na vigência da Constituição de 1969, em que, no artigo. 153, §8º, a manifestação do pensamento era subordinada, à moral e aos bons costumes. Ora, como tais restrições não poderiam aplicar-se à liberdade artística, tendo em conta que as artes têm um caráter vanguardista e, muitas vezes, uma função de subversão da ordem e dos costumes, era necessário separar a criação e a manifestação artística, da manifestação do pensamento em geral.

No entanto, como dissemos, a arte, enquanto fundamento da liberdade artística, diferencia esta liberdade dos outros direitos que compõe o conteúdo da liberdade de expressão em sentido amplo, logo, o fato de a liberdade artística não estar consagrada em um dispositivo próprio na Constituição de 1988 não significa que ela não seja uma liberdade específica, ainda que seja espécie do gênero liberdade de expressão.

A Constituição assegura, no artigo 5º, VI, o direito de resposta e indenização por dano material ou moral a imagem. O texto traz, então, como solução para eventuais conflitos entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade o direito de resposta e a indenização por dano moral ou material, mostrando, claramente, uma opção do constituinte pela reparação posterior do dano, em detrimento da censura prévia de qualquer forma de manifestação do pensamento. Essa opção constituinte apresenta total coerência com o princípio de vedação da censura previsto não só no já mencionado art. 5º IX, que, como vimos, consagra a liberdade de expressão, em sentido amplo, independentemente de censura, como no artigo 220 da Constituição cujo *caput* determina que a manifestação do pensamento, a expressão e a criação, não sofreram qualquer restrição, observado o disposto na Constituição.

A Constituição prevê, ainda, um direito à cultura no artigo 215, que, estabelece que o Estado garantirá o exercício dos direitos culturais, protegerá e apoiará as manifestações culturais, protegerá o patrimônio cultural, a produção e a difusão de bens culturais, investirá na formação de pessoal para gestão da cultura e democratizará o acesso à bens de cultura. Este direito está diretamente relacionado com as liberdades culturais, dentre elas a liberdade artística[7], na medida em que a arte é elemento da cultura.. Por fim, o artigo 215 consagra, juntamente com o artigo 216, que trata da preservação e promoção do patrimônio cultural, um princípio de pluralismo cultural. Com efeito, o artigo 215, §1º, estabelece o dever do Estado de proteger as manifestações culturais indígenas, afro-brasileiras e de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional e o artigo 216 define o patrimônio cultural como o conjunto de bens referentes à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira. Esses dispositivos, portanto, afirmam um princípio de pluralismo cultural que deve não apenas informar a atuação do Estado na proteção do patrimônio cultural e as políticas públicas de proteção e preservação do patrimônio cultural, como também serve de diretriz interpretativa para todos os dispositivos da Constituição que tratem da cultura[8] e, por consequência, da arte. Nessa perspectiva, também a consagração da liberdade artística é uma forma de garantir o pluralismo cultural. Merece ainda menção uma garantia peculiar da liberdade de expressão e da liberdade artística, consagrada na Constituição na forma de uma imunidade tributária. De acordo com o artigo 150, VI, “d” da Constituição União, Estados e Municípios não podem instituir impostos sobre livros, jornais, periódicos e o jornal destinado à sua impressão. Este dispositivo é uma garantia da liberdade de expressão da liberdade de imprensa e também da liberdade artística[9].

2. . O Conteúdo da Liberdade de Expressão Artística

2.1. Criação, Produção e Divulgação

A Liberdade de Expressão Artística não pode ser reduzida ao simples ação de se expressar, por meio de uma obra de arte. Como veremos o conteúdo dessa liberdade é muito mais amplo. Somente com relação à criação em si, podemos dizer que a liberdade artística envolve a criação, a produção e a divulgação de obras de arte[10]. De início, pode parecer que os termos criação, invenção e produção parecem estar designando uma única e mesma ação. No entanto, a liberdade de criação é uma liberdade de ideação do objeto a ser criado[11], bem como uma liberdade na escolha do momento e dos meios e métodos utilizados para a realização da criação[12]. A produção, por sua vez, não exige um ato criativo inovador e se refere à transformação de algo em produto. Por isso, podemos entender que a produção se diferencia da criação e da invenção. A produção não envolve necessariamente a criação de algo novo, podendo compreender a simples reprodução de uma obra de arte que já existe e a transformação desta obra de arte em um produto suscetível de exploração econômica[13]. Significa dizer que a atividade técnica de reprodução de uma obra de arte e a sua transformação em produto também estão protegidas pela liberdade artística.

A liberdade artística envolve, ainda, a livre divulgação da obra criada. De fato, não poderia ser diferente, como vimos, a liberdade artística nada mais é do que uma manifestação da liberdade de expressão no campo específico das artes, logo, é natural que a liberdade artística envolva a divulgação para o público da obra de arte. Além disso, a criação e a divulgação da obra de arte não se separam, “não há liberdade de criação sem liberdade de expressão” [14] todo o interesse, ou ao menos grande parte dele, da criação cultural e, portanto, da criação artística está na possibilidade de comunicação da obra criada ao público, integrando-a a um patrimônio cultural comum. Afinal, conforme já dito, a arte é componente essencial do patrimônio cultural. A obra de arte de hoje compõe o patrimônio cultural do futuro.

2.2. A Proteção da Obra de Arte: Direitos de Autor

A discussão em torno da liberdade artística conduz ao problema de saber se esta liberdade abrange também a proteção dos direitos de autor[15]. Ora, não deve haver dúvida de que a liberdade de expressão artística abrange não apenas a atividade expressiva, como também a obra produzida, estando, portanto, diretamente relacionada com os direitos de autor. Isso significa dizer que a liberdade de criação artística protege também o resultado da criação, a obra de arte propriamente dita. Tal conclusão pode ser derivada não apenas de uma especulação em torno do alcance da liberdade artística, mas, também do próprio texto constitucional que consagra a proteção dos direitos de autor no artigo 5º, incisos XVII e XVIII, portanto, dentre os direitos fundamentais, tal e qual a liberdade de expressão artística. A primeira consequência dessa constatação é a associação da proteção legal dos direitos de autor ao exercício de uma liberdade, de modo que os direitos de autor traduzem uma autonomia do autor com relação ao Estado. A segunda é relativa ao conteúdo da liberdade de expressão artística já que passa a abranger tanto os direitos morais quanto os direitos patrimoniais ou materiais de autor. De fato, podemos facilmente associar os direitos patrimoniais a própria liberdade artística. Basta considerarmos as três faculdades que compõe a essência do direito patrimonial de autor, as faculdades: de reprodução, de distribuição e de comunicação ao

público[16]. Ora, essas três faculdades, como já vimos, são também parte do conteúdo da liberdade artística, e, por isso, foram acertadamente inseridos pela Constituição em seu âmbito de proteção.

O conteúdo da liberdade fica ainda mais alargado se pensarmos que a inclusão dos direitos materiais no âmbito de proteção dessa liberdade conduz à constatação de que este dispositivo alcança também a proteção do valor econômico que acompanha a obra de arte[17]. Ora, este fato não deve constituir surpresa. Como vimos, a própria proteção da produção – entendida como a transformação da obra em produto – já era um indício de que a liberdade artística incluía a proteção da exploração econômica da obra de arte. A proteção dos direitos patrimoniais de autor apenas reforça esta idéia.

2.3. As Liberdades de Iniciativa Econômica e de Associação

Constatado que a liberdade artística protege o valor econômico da obra de arte e a sua exploração econômica, nada mais razoável do que admitir que esteja incluído também na liberdade artística uma liberdade de iniciativa econômica no campo das artes[18]. Essa iniciativa pode variar, desde o mecenato, passando pelo patrocínio, compra e venda da obra de arte, até a exploração dos direitos patrimoniais de autor que, na prática, tendem a ser revertidos para a empresa que explora economicamente a obra de arte[19]-[20]. Em termos semelhantes, podemos falar também em uma liberdade de associação para fins artísticos, derivada do direito à livre associação.

Em suma, a liberdade artística possui um conteúdo bastante amplo que envolve a criação, a produção, a divulgação de obras de arte, a proteção da obra criada através dos direitos de autor, e, ainda, uma liberdade de associação e de iniciativa econômica com relação às artes.

2.4. Limites, Restrições Legais e Colisões de Direitos e Valores Constitucionais

Até agora, com relação ao conteúdo da liberdade artística, estabelecemos, em primeiro lugar, um conceito de arte ou de obra de arte. Optamos pela adoção de um conceito amplo de obra de arte. Ressaltamos, no entanto, que a adoção de um conceito amplo de obra de arte não significava o reconhecimento da liberdade artística como um direito ou uma liberdade ilimitada, esta liberdade têm limites e pode sofrer restrições apesar da adoção de um conceito amplo de obra de arte. Além disso, reconhecemos que a liberdade artística abrange a criação, produção e divulgação de obras de arte bem como uma liberdade de associação e de iniciativa econômica para fins relacionados às artes. Em resumo, tudo o que dissemos aponta para uma concepção bastante ampla desta liberdade, mas, nem por isso, para a idéia de que se trata de um direito absoluto ou ilimitado. Com efeito, para determinar devidamente o conteúdo desta liberdade é preciso agora estabelecer a que restrições e limites ela está sujeita.

2.4.1 Brevíssima Nota Sobre Restrições, Limites e as Teorias dos Direitos Fundamentais

Antes de tudo, no entanto, é preciso determinar como percebemos essas restrições e limites. A resposta para o problema das restrições e limites não é única e varia conforme

a teoria dos direitos fundamentais adotada. É impossível e nem faria sentido, no âmbito deste trabalho, fazer uma digressão profunda sobre as diferentes teorias dos direitos fundamentais, nosso intuito, portanto, é tão-somente demonstrar como diferentes teorias abordam de forma diversa o problema das restrições e limites e nos posicionar sobre o assunto[21]. Nesta perspectiva, merecem destaque duas questões a primeira relativa à relação dos limites e/ou restrições com os direitos fundamentais, sobre a qual merecem destaque as teoria externa e interna, a segunda concernente aos conceitos de limite e restrição.

Para os adeptos da teoria externa dos limites dos direitos fundamentais a liberdade individual antecede o Estado e, nesta condição, é, inicialmente, ilimitada, sendo assim, a liberdade é a regra enquanto a restrição é a exceção. E as restrições ou os limites são externos ao direito fundamental que, à partida, é ilimitado. Assim, esta teoria diferencia os limites do conteúdo do direito fundamental. Na medida em que a Constituição estabelece o âmbito de proteção dos direitos e a este âmbito de proteção podem-se ou não colocar limites, limites que são externos ao já mencionado âmbito de proteção e ao conteúdo originário do direito[22]. Desse modo, diferenciam-se o âmbito de proteção do âmbito de garantia efetiva do direito, este último determinado por restrições externas[23].

Em sentido oposto, a teoria interna é elaborada com base na percepção de que entender a liberdade individual como uma liberdade ilimitada pré-estatal constitui um anacronismo. Hoje, só faria sentido compreender a liberdade individual como uma liberdade exercida em sociedade e, portanto, “conformada e ordenada”[24]. Nesta perspectiva, a liberdade individual não é um direito ilimitado anterior ao Estado, mas, uma liberdade ordenada e conformada com as normas de direitos fundamentais. Logo, os limites a esses direitos não são realidades externas aos seus conteúdos, mas sim, o resultado de uma ponderação entre direitos fundamentais. Em outras palavras, os limites não são externos ao direito fundamental, mas, constituem fronteiras, delimitações do conteúdo do direito fundamental derivadas da própria Constituição. Nessa perspectiva, a idéia de uma restrição legítima aos direitos fundamentais desaparece, na medida em que as limitações possíveis do direito derivam do próprio conteúdo do direito e da delimitação do âmbito de proteção jusfundamental. Não há, portanto, distinção entre o âmbito de proteção e o âmbito de garantia efetiva, como ocorre na teoria externa[25]. Exemplo muito conhecido da teoria interna é a teoria dos limites imanentes, segundo a qual, os limites dos direitos fundamentais são internos, portanto, imanentes ao próprio conteúdo deste direito, constituindo, efetivamente, as fronteiras de seu âmbito de proteção[26].

Feita esta brevíssima exposição do quadro das teorias sobre os limites/restrições de direitos fundamentais, cabe esclarecer que optamos, nesta investigação, por adotar a concepção de Vieira de Andrade. O jurista adota a teoria dos limites imanentes, entende, portanto, que é possível à partida, por meio da interpretação das normas constitucionais de direitos fundamentais, encontrar situações que não estão protegidas, que estão excluídas do âmbito de proteção do direito[27]. Embora reconheça a importância de limites imanentes e não entenda que os direitos fundamentais são, *a priori*, ilimitados, o autor não reconduz todas as hipóteses de limitações de direitos fundamentais aos limites imanentes[28]. Nesse sentido, portanto, é necessário distinguir um primeiro movimento de interpretação das normas constitucionais no sentido de identificar o âmbito de

proteção desta norma, de um segundo movimento em que ocorre uma restrição ao âmbito pré-determinado de proteção.

O reconhecimento desses dois movimentos nos reconduz à segunda questão colocada no início deste tópico que é o problema da conceituação dos limites e das restrições, embora, por vezes sejam usados de forma indistinta, os dois conceitos diferem. Vieira de Andrade afirma a necessidade de diferenciar os limites imanentes da generalidade das limitações aos direitos fundamentais e separa os limites imanentes, das restrições [29]. Adota essa mesma distinção Melo Alexandrino, para quem os limites “são normas que, de forma duradoura, excluem diretamente âmbitos de ou efeitos de proteção que são fundamento susceptível de afetar as possibilidades de realização de normas jusfundamentais” [30], já as restrições podem ser definidas como “as ações normativas que afetem o conteúdo ou o efeito de proteção de um conteúdo previamente delimitado” [31]. Tanto Vieira de Andrade quanto Melo Alexandrino, distinguem ainda os limites e as restrições das colisões de direitos fundamentais, assim, Vieira de Andrade afirma que há colisão ou conflito sempre que a Constituição, em determinado caso concreto, protege, simultaneamente, dois valores ou direitos [32]. Desse modo, a colisão ou conflito de direito se distingue da restrição legislativa, na medida em que ocorre no caso concreto.

A partir do que dissemos, podemos concluir também que a especulação em torno do conteúdo da liberdade artística pressupõe, então, dois momentos. Um primeiro destinado a desvendar os limites dessa liberdade, enquanto limites imanentes. O que significa, em outras palavras, desvendar os contornos do âmbito de proteção desta liberdade, de modo a identificar quais situações estão, à partida, excluídas da esfera de proteção jusfundamental. E um segundo momento voltado para a investigação das hipóteses possíveis de restrições legislativas, ou seja, de restrições legítimas a este âmbito de proteção e também as hipóteses de conflitos em que a liberdade artística pode ceder, no caso concreto, à proteção de outros direitos fundamentais ou valores constitucionais.

2.4.2. Limites

Feito este breve preâmbulo sobre os limites e restrições, cabe, então, investigar quais são os limites da liberdade artística, ou seja, quais situações que, a partir de uma interpretação da Constituição, nós podemos entender como não protegidas por essa liberdade. A Constituição não estabelece limites expressos ao direito à liberdade artística. Isso não significa, contudo, que esses limites não existam. Com efeito, os limites imanentes podem estar previstos no dispositivo que regula o direito, podem estar expressos em outras previsões constitucionais, ou podem, ainda, estar implícitos na Constituição. Ora, como vimos, a liberdade artística destina-se à proteção da criação, produção e divulgação de obras de arte. Vimos também que o conceito de obra de arte juridicamente adequado é um conceito bastante amplo, no entanto, isso não significa dizer que toda e qualquer obra de arte esteja protegida pelo direito à liberdade artística.

2.4.2.1. Dignidade da Pessoa Humana

Podemos destacar como limites à liberdade artística a dignidade da pessoa humana. Na medida em que adotamos a teoria dos limites imanentes e não a teoria externa, entendemos que a liberdade artística, tal e qual todas as liberdades individuais, não é

uma liberdade em princípio ilimitada. Com efeito, trata-se de uma liberdade conformada e ordenada com as necessidades da vida social e com um conjunto de valores[33]. Ora a Constituição de 1988 consagra, no art. 1º, o princípio da dignidade da pessoa humana, como um valor básico e primordial do Estado Brasileiro. Assim, não há dúvida de que a dignidade da pessoa humana é valor essencial, basilar, que permeia todo o ordenamento e, por isso, servem de princípio interpretativo de todas as normas de direitos fundamentais[34]. Logo, uma obra de arte que atente, de forma grave, contra a dignidade humana não está protegida pelo direito à liberdade artística. Hipóteses como o homicídio ou a tortura de um autor em palco, a escravização de terceiros para realização de um filme, a participação de crianças na realização de espetáculos que possam comprometer de forma definitiva sua dignidade, estão, *ab initio*, excluídas do âmbito de proteção da liberdade artística.

2.4.2.2. Discursos de Ódio

Não há dúvida de que os discursos de ódio são uma forma de expressão[35]. Tendo em conta também nossa opção por um conceito amplo de obra de arte, parece inevitável reconhecer que uma obra de arte pode conter manifestações de ódio. Os discursos de ódio podem se voltar contra grupos, religiões, etnias, nacionalidades. Mesmo reconhecendo a natureza de expressão desses discursos e mesmo sabendo que a Constituição protege a liberdade de expressão e a liberdade artística, cabe questionar se essas expressões de ódio são legítimas. É nosso entendimento que, ainda que se trate de uma obra de arte, essas manifestações, quando configuradas na forma de um verdadeiro discurso de ódio, que pretenda silenciar ou cercear a liberdade de grupos, humanos, raças e etnias, estão excluídas do âmbito de proteção da liberdade de expressão e da liberdade artística. As manifestações de ódio, sejam elas expressas ou não por meio de uma obra de arte, estão excluídas do âmbito de proteção da liberdade artística em razão de seu efeito silenciador. O objetivo dos discursos de ódio é excluir do debate público determinados grupos e manifestações, inclusive manifestações artísticas. Ademais, os discursos ou expressões de ódio “tendem a diminuir o sentimento de dignidade das pessoas, impedindo sua participação em muitas atividades da sociedade civil”[36], inclusive atividades relacionadas à produção e divulgação de obras de arte. É exatamente por conta deste efeito silenciador que a obras de arte que contenham expressões de ódio estão excluídas do âmbito de proteção da liberdade artística. Desse modo, os valores que se opõem aos discursos de ódio são a própria liberdade de expressão, incluída aí a liberdade artística, e, em última instância, a democracia que se realiza na possibilidade de todos se expressarem.

Pode-se, no entanto, questionar, por que as obras de arte produzidas por minorias, por determinadas etnias ou por determinados grupos religiosos, estariam protegidas, ao passo que obras de arte produzidas por racistas, ou qualquer outro grupo que expresse ódio, não estaria protegida. A resposta para esta questão é que são fundamentos da liberdade artística a democracia e o pluralismo. Por isso, as obras de arte que tenham um efeito silenciador, do mesmo modo que as obras que violam a dignidade da pessoa humana, atentam contra o próprio fundamento da liberdade artística e, por isso, e atentem não gozam de proteção. Além disso, as expressões de ódio ferem os princípios da tolerância e da não discriminação, e o paradoxo de princípios como o da tolerância e o da não discriminação é exatamente o de que todos devem ser tolerados e não discriminados, exceto os intolerantes e os que discriminam[37]. Portanto, é razoável que

manifestações de ódio não estejam protegidas pela liberdade de expressão ou pela liberdade artística e que o Estado intervenha para combatê-las[38].

Sobre esse tema é preciso ainda fazer dois esclarecimentos. Primeiramente, é preciso ressaltar que entendemos que as manifestações de ódio estão excluídas do âmbito de proteção da liberdade artística, por comprometerem a democracia e o pluralismo, contudo, isso não significa afirmar que os artistas e obras de arte, para gozarem de proteção, devem cumprir uma função de favorecimento da democracia ou do pluralismo. Uma funcionalização da arte nesses moldes seria contrária a própria liberdade artística. Em segundo lugar, é importante perceber que estão excluídos do âmbito de proteção da liberdade artística aquelas obras de arte que revelem manifestações de ódio extremas que sejam de tal ordem que possam produzir um efeito silenciador de grupos e outras manifestações, a ponto de atentar contra o pluralismo naturalmente existente na sociedade. As simples críticas, manifestações jocosas, questionamentos ainda que direcionados a determinados grupos, nacionalidades, raças ou religiões, não configuram expressões de ódio e não possuem efeito silenciador. Estão, pois, protegidas pela liberdade artística e a sua veracidade, coerência ou qualidade deve ser objeto de debate público.

2.4.3 Fundamentos das Restrições e Colisões de Direitos

A liberdade artística não é um direito absoluto, nenhum direito é. Logo, a liberdade artística pode sofrer restrições legais, desde que essas restrições atendam aos limites dos limites aos direitos fundamentais e aos princípios da proporcionalidade e da preservação do núcleo essencial. Além disso, no caso concreto, é possível a ocorrência de conflitos entre a liberdade artística e outros direitos e valores constitucionalmente protegidos, que também podem acabar por ser resolvidos por meio de limitações (limitações entendidas aqui em sentido lato, não como limites imanentes) ao exercício da liberdade artística. Não é possível listar aqui todos os conflitos entre a liberdade artística e outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos que possam dar ensejo a restrições ou colisões de direitos. Podemos, contudo, mencionar outros exemplos de direitos que podem fundamentar restrições ou, no caso concreto, colidir com o direito à liberdade artística. Hipótese comum é a de conflitos entre a liberdade artística e os direitos da personalidade. O problema de saber se a liberdade artística poderia ou não colidir com direitos da personalidade dividiu o Tribunal Constitucional Alemão no Caso Mephisto. O caso tratava de um livro, uma obra de ficção, mas que, relatava a vida de um ator alemão e do seu pacto com os nazistas para construir uma carreira. O entendimento que prevaleceu no Tribunal foi no sentido de que uma obra de arte poderia violar direitos da personalidade de terceiros. É também nesse sentido o nosso entendimento. É fato que a arte pode conter um distanciamento da realidade de modo que se torne impossível identificar situações ou pessoas específicas que impeçam a violação de direitos da personalidade. No entanto, é possível também que uma obra de arte se aproxime da vida real e acabe por violar o direito à honra, à intimidade, à imagem de terceiros, ao bom nome, entre outro. Ocorre nessas hipóteses, uma verdadeira colisão de direitos. Por isso, as esferas civil e penal de proteção dos direitos da personalidade podem constituir restrições ao exercício da liberdade artística[39], estabelecidas pelo legislador.

Para além das restrições, é possível imaginar hipóteses de colisões ou conflitos entre direitos da personalidade e a liberdade artística, em hipóteses concretas, que, em geral, devem ser enfrentadas pelo Poder Judiciário. A doutrina discute qual a melhor forma de

solução do conflito nessas hipóteses, o impedimento da divulgação da obra de arte ou a reparação posterior do dano[40]. Para nós a solução deve variar conforme o caso concreto. Como já exposto, adotamos uma concepção ampla de censura, no sentido de que tanto limitações prévias à divulgação de obras de arte quando medidas adotadas *a posteriori* podem ter efeito de censura. No entanto, entendemos também que a vedação da censura, mesmo da censura prévia, não é um princípio absoluto. Logo, em hipóteses extremas, em que a divulgação de uma obra de arte possa causar danos significativos e irreparáveis a direitos de terceiros, essa divulgação pode ser impedida, por exemplo, por uma decisão judicial. Mas essa solução, parece, é a responsabilização civil ou criminal posterior do causador do dano e a reparação do dano por meio de indenização.

Outra hipótese bastante comum de restrição à liberdade artística é aquela fundada na proteção da infância e da juventude[41]. Com efeito, a Lei Fundamental Brasileira protege expressamente a infância e a juventude, proteção que, em última instância, funda-se no valor básico da dignidade da pessoa humana. Assim, um dos meios de exercício do dever estatal de proteção da infância e da adolescência é a restrição à livre divulgação de obras de arte[42], de modo a impedir a exposição de crianças e adolescente a obras cujo conteúdo possa ser nocivo ao seu normal desenvolvimento. Como vemos, nessas hipóteses não há um completo impedimento da divulgação da obra, mas, apenas um condicionamento desta divulgação à proteção de crianças e adolescentes.

3. As Dimensões da Liberdade Artística

3.1. A Dimensão Subjetiva da Liberdade Artística

À luz do que foi dito, percebemos então, que a liberdade artística envolve um conjunto de ações: criar, produzir, divulgar, promover obras de arte, entre outras. Para os fins desse trabalho, sem querer negar a complexidade do problema da caracterização das liberdades jurídicas, podemos entender a liberdade artística como uma alternativa de ação[43]. Ou seja, como um poder ou faculdade de criar ou não criar obras de arte, de produzir ou não produzir, de divulgar ou não divulgar etc.

Essas alternativas de ação, de que o indivíduo é titular, nada mais são do que posições subjetivas constitucionalmente protegidas ou direitos subjetivos[44]. Podemos, portanto, definir a dimensão subjetiva da liberdade artística como o poder ou faculdade de realizar ou não realizar um conjunto de ações[45].

Cabe ressaltar que, estas posições jurídicas subjetivas têm como referência primária uma função de defesa, que consiste, principalmente, em um direito ao não impedimento do exercício da liberdade artística por parte do Estado[46] ou mesmo por particulares, nos termos da vinculação destes à referida liberdade, de que já tratamos. No entanto, reconhecer que a proximidade da dimensão subjetiva da liberdade artística com uma dimensão negativa[47], não significa uma identificação dessas dimensões. Como veremos, embora se possa reconhecer que há uma primazia das funções de defesa, na dimensão subjetiva da liberdade artística, o poder ou faculdade para criar ou divulgar uma obra de arte, ou para praticar outras das ações que compõem o conteúdo desta

liberdade, nem sempre depende apenas da ausência de obstáculos, eventualmente, depende também de ações positivas do Estado.

3.2. A Dimensão Objetiva da Liberdade Artística

A própria existência de uma dimensão objetiva da liberdade artística é controversa na doutrina. Há quem defenda que a adoção da tese do duplo caráter dos direitos fundamentais conduz a uma indevida objetivação e funcionalização desses direitos.[48]. Ainda que reconheçamos o mérito deste entendimento, para nós, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais é inegável. De acordo com Vieira de Andrade, é preciso diferenciar a matéria dos direitos fundamentais dos “*direitos fundamentais como categorias jurídicas de direitos subjetivos*”, na medida em que nem todos os preceitos constitucionais que compõe a matéria dos direitos fundamentais são fonte de posições jurídicas subjetivas[49]. Dessa forma, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais funciona como uma diretiva à ordem jurídica como um todo, tem reflexos na vinculação das entidades públicas, na vinculação das entidades privadas e na interpretação das normas. Funciona como um complemento das posições jurídicas subjetivas [50].

A dimensão objetiva refere-se também à percepção dos direitos fundamentais da perspectiva da comunidade, “como valores e fins que esta se propõe prosseguir em grande medida através da ação estadual”[51]. No caso da liberdade artística, esse aspecto de sua dimensão objetiva pode ser compreendido como os contributos desta liberdade para a democracia e para o progresso da cultura. Com efeito, a liberdade artística, enquanto um dos direitos que compõem a liberdade de expressão, exerce uma função democrática. A arte é um espaço de crítica e debate de idéias e serve mesmo como instrumento de controle dos poderes públicos. A liberdade das artes cumpre, ainda, uma função específica no campo do progresso da cultura. A arte muitas vezes é um mecanismo para ver à frente, questionar valores e concepções do seu tempo, incentivando transformações na sociedade. Desse modo, o exercício da liberdade artística desenvolve a arte e a cultura e acaba por ampliar os espaços de liberdade[52]. Além disso, a obra de arte produzida hoje enriquece o patrimônio artístico de amanhã que será fruído por todos.

3.4. Dimensão Negativa da Liberdade Artística

A liberdade artística é, em grande medida, um direito de defesa, ou uma liberdade que possui uma dimensão negativa. De fato, a dimensão negativa da liberdade artística pode ser considerada como a principal e mais forte dimensão deste direito. Ora, tendo em conta que os poderes públicos são os principais destinatários dos direitos fundamentais, apesar da vinculação das entidades privadas de que já tratamos, podemos concluir que a vedação da criação, pelo Estado, de obstáculos à livre criação, produção e divulgação da obra de arte, bem como a livre iniciativa econômica e a livre associação no campo das artes, é parte essencial do conteúdo deste direito.

Esta dimensão negativa da liberdade ou o dever de abstenção do Estado compreende alguns corolários que merecem especial atenção, são eles: a proibição da censura e o dever de neutralidade do Estado.

3.4.1. O Dever de Abstenção do Estado: Uma Compreensão Ampla da Vedação da Censura

A vedação da censura é, sem dúvida, um dos mais importantes elementos das liberdades de expressão[53] em geral e também da liberdade artística. Como vimos, quando tratamos da evolução histórica da liberdade artística, a censura foi a principal forma de restrição desta liberdade e das liberdades de comunicação em geral e o instrumento amplamente utilizado por Estados totalitários e autoritários, por isso, não é à toa que a vedação da censura é um dos corolários das liberdades de expressão, inclusive a liberdade artística.

O princípio da vedação da censura está previsto na Constituição Brasileira no artigo 5, IX e constitui uma garantia institucional da liberdade de expressão em sentido lato, e, portanto, da liberdade de expressão artística. Antes de mais, é preciso definir o que significa censura nos termos do artigo. É possível admitir um conceito amplo de censura que envolva a censura prévia e também toda e qualquer forma de violação à liberdade de expressão. Nesta acepção mais ampla a censura pode ser prévia ou *ex post facto*, pode ser político-administrativa, legislativa ou judicial, pode ser definitiva ou cautelar/temporária, pode ser ainda pública ou privada[54]. Por outro lado, há quem adote um conceito tradicional de censura, que é um conceito mais restrito que identifica a censura com a censura prévia. Nessa perspectiva, o termo censura é entendido como significando uma exigência de prévia submissão de uma obra de arte ao aval de uma autoridade administrativa, antes da sua divulgação[55]. Não há dúvida de que a censura prévia de caráter político-administrativo está vedada pela constituição de 1988, constituindo uma espécie de limites dos limites à liberdade de expressão[56] e, conseqüentemente, à liberdade artística. Para além do texto expresso da Constituição, podemos recorrer também à evolução histórica da consagração das liberdades de expressão em geral e da liberdade artística em especial. Ao observar esta evolução percebemos que a censura não era a única forma de violação desta liberdade. Com efeito, a condenação civil ou criminal de artistas pelo conteúdo expresso por meio de obras de arte, a utilização da arte, para fins políticos e como instrumento de propaganda de regimes e governos, foram práticas comuns em Estados Autoritários e Totalitários. Portanto, a compreensão atual do princípio da vedação da censura deve adquirir contornos mais amplos do que a simples proibição de censura prévia. Até porque, outras medidas, para além da censura administrativa, podem ter efeito censórios e constituir violações à liberdade de expressão e à liberdade artística. É a hipótese, por exemplo, das condenações *ex post facto* civil, penal ou administrativa. Essas condenações podem ensejar medidas auto-censórias[57]. No caso das artes, o próprio artista pode optar por não divulgar sua obra por medo da condenação, tendo, portanto, um efeito semelhante à censura prévia.

Outra forma de restrição *ex post facto* que pode ter efeitos censórios é o seqüestro de obras de arte, ou seja, a retirada de obras de arte do mercado ou do espaço público, também o seqüestro de obra de arte pode constituir uma violação da liberdade artística equivalente à censura prévia. A constituição brasileira não veda especificamente o seqüestro de obras de arte, como faz, por exemplo, a constituição espanhola, que proíbe o seqüestro de publicações, gravações e outros meios de comunicação, salvo em virtude de autorização judicial[58]. Isso não significa que esta prática não esteja vedada também à luz da nossa ordem constitucional. Por isso, optamos por assumir que a vedação da censura, nos termos como é regulada na Constituição de 1988, compreende, para além da censura prévia, outras formas de violação da liberdade artística como a condenação *ex post facto* e o seqüestro de obras de arte.

Por essas razões, entendemos mais adequado adotar uma concepção ampla de censura. Nessa perspectiva, podemos entender a vedação da censura como uma garantia institucional da dimensão negativa da liberdade artística, ou seja, do dever de abstenção do Estado de atentar contra essa liberdade. Isso não significa, no entanto, que o princípio da vedação da censura seja um princípio absoluto, que impeça toda e qualquer restrição à liberdade de expressão artística. Ora, a proibição da vedação da censura é uma proibição de violações a esta liberdade, ou seja, restrições não baseadas em uma ponderação e harmonização de bens constitucionalmente protegidos[59], e que, por isso, acabem por ter efeitos semelhantes ao da censura prévia

3.4.2. O Dever de Neutralidade do Estado

Grande parte das violações à liberdade artística são resultado da imposição pelo Estado de uma arte oficial. Seja através de medidas de propaganda ou por meio do favorecimento das obras e artistas que compartilhassem uma certa visão estatal do que era ou deveria ser a arte. Também este tipo de atuação estatal é inviabilizada pela consagração na Constituição de 1988 da Liberdade de Expressão Artística, na medida em que o pleno exercício dessa liberdade só é possível em um espaço aberto e igualitário de produção e divulgação de obras de arte, onde o Estado permaneça neutro e não baseie suas intervenções no campo artístico em nenhuma diretriz, política, ideológica ou estética. Em suma, o dever de abstenção estatal – principal componente da dimensão negativa da liberdade artística – engloba também um dever de neutralidade do Estado, que pode ser compreendido também como uma vedação da imposição, pelo Estado, de uma arte oficial[60]

3.5. A Dimensão Positiva da Liberdade Artística

As exigências de abstenção e neutralidade estatal impostas pela liberdade artística, não podem ser entendidas como mandatos de completa não-intervenção do Estado no campo das artes. Com efeito, as relações entre o Estado e as liberdades públicas não devem mais ser compreendidas à luz da perspectiva liberal, em que o Estado é percebido como inimigo da liberdade. Pelo contrário, hoje, os poderes públicos devem atuar como amigos e promotores da liberdade[61]. Esse quadro não é diferente nos domínios da cultura e da arte. A atual ordenação constitucional da cultura exige uma intervenção do Estado na cultura. É nesse sentido o disposto no artigo 215 da Constituição de 1988.

O problema que se coloca, então, é o da conciliação entre a liberdade artística e a exigência de intervenção estatal. Ora, a liberdade artística é um direito de liberdade. É, portanto, um direito onde as dimensões de defesa ou negativa prevalecem ou têm mais força em relação a uma dimensão positiva. Não estamos, no entanto, afirmando que a liberdade artística não possua uma dimensão positiva. Pelo contrário o reconhecimento da dimensão positiva da liberdade artística parece ser consenso na doutrina. Com efeito, o acesso aos meios de realização de uma obra de arte nem sempre é simples. Determinadas formas de manifestação artística como o cinema e o teatro dificilmente podem sobreviver sem algum tipo de apoio estatal e, mais, muitas vezes, o acesso a meios de comunicação de massa como a televisão, para fins de divulgação de uma obra de arte, muitas vezes depende também de uma atuação positiva do poder público e não de uma simples abstenção[62], de modo que tanto a realização da obra quanto a sua divulgação para o público, eventualmente, dependem de uma ação positiva do Estado. Desse modo, a liberdade artística e o dever de intervenção estatal no domínio artístico,

não são necessariamente contraditórios. Pelo contrário, devem ser complementares, na medida em que a plena realização da liberdade artística depende de uma ação positiva do Estado.

Não devemos, no entanto, entender que o Estado tem o dever de patrocinar, promover ou apoiar toda e qualquer obra de arte e todo e qualquer artista em nome da plena realização da liberdade artística. Sem dúvida que exigir do Estado prestações nesse sentido seria absurdo e ultrapassaria em muito as barreiras impostas pela reserva do possível[63]. Portanto, não há um direito subjetivo de todo o cidadão ao apoio de toda e qualquer obra de arte[64], mas sim um interesse coletivo ou difuso nas ações positivas do Estado no campo das artes

Uma vez esclarecido que a liberdade artística é compatível e até mesmo exige ações positivas do Estado, dado que há uma dimensão positiva desta liberdade, resta-nos entender quais são os critérios e parâmetros que devem informar a atuação estatal para que esta seja compatível com a liberdade. Esses critérios e parâmetros podem ser encontrados na própria Constituição. A principal dessas diretrizes é o princípio da igualdade[65]. Cabe ao Estado atuar no sentido da correção das desigualdades[66] criadas pelo mercado, de modo que devem ser protegidas aquelas manifestações artísticas que não encontrem espaço no mercado privado. Devem ser igualmente apoiados os artistas que não possuam as mínimas condições para exercício da sua liberdade de criação, produção e divulgação de obras de arte. De fato, quando tratamos da vinculação das entidades privadas à liberdade artística constatamos que, muitas vezes, as ações dos agentes privados que escolhem patrocinar ou divulgar este ou aqueles artística, esta ou aquela forma de arte, acabam por excluir determinados artistas ou formas de expressão artística. Cabe ao Estado fornecer os meios para que essas formas de expressão artística não desapareçam. Nesse sentido, a atuação estatal deve ser uma atuação subsidiária, destinada a corrigir as injustiças criadas pelo mercado[67], fornecendo os meios aqueles que não possuem, privilegiando, inclusive, aquelas manifestações mais frágeis e débeis, com intuito de garantir uma igualdade de chances[68].

Outro parâmetro da atuação estatal é o princípio do pluralismo, consagrado na Constituição nos artigos 215 e 216[69]. Em linhas muito gerais, o princípio do pluralismo significa um reconhecimento da pluralidade e da diversidade naturalmente existentes na sociedade e uma exigência de manutenção desta variedade natural. Da perspectiva da intervenção do Estado no campo das artes isso implica que o Estado deve distribuir recursos por manifestações artísticas diversas, com intuito de manter o pluralismo existente na sociedade. O princípio do pluralismo é complementado pelos princípios da neutralidade do Estado e da não-discriminação. Com efeito, para que a atuação estatal se dê em sentido favorável à liberdade artística e não contrário a ela, o Estado não pode favorecer nem discriminar obras de arte ou artistas por razões políticas ou estéticas.

Por fim, devemos ressaltar que a liberdade artística é o primeiro e principal limite da atuação material do Estado no campo das artes. Com efeito, o princípio da aplicabilidade direta deste direito impõe que toda atuação estatal esteja a serviço da liberdade[70]. A liberdade é, então, elemento qualificativo e não contraposto à intervenção pública[71]. Por isso, a atuação pública deve ser informada pelo princípio de igualdade e procurar garantir, ainda que nos limites das possibilidades orçamentárias,

que todos tenham acesso às condições mínimas para o exercício efetivo desta liberdade. Por isso, o Estado, ao distribuir recursos, deve atuar com neutralidade e sem discriminações. Nesses termos, é possível reconhecer uma dimensão positiva da liberdade artística que é complementada pelo dever do Estado de apoio às artes.

4. Natureza Jurídica: A Fundamentabilidade Formal e Material da Liberdade de Expressão Artística

É consenso na doutrina que a liberdade artística é um direito fundamental. Após termos analisado a consagração histórica, os fundamentos, a consagração constitucional, o regime e o conteúdo dessa liberdade, acreditamos já ter reunidos elementos suficientes para demonstrar a pertinência deste entendimento doutrinário. Não há dúvida de que a liberdade de expressão artística é um direito fundamental em sentido formal porque consagrada no artigo 5º, IX da Constituição Federal de 1988, logo, no rol dos direitos e deveres individuais. O reconhecimento, porém, de que as normas constitucionais não esgotam a matéria dos direitos fundamentais e de que existem direitos que, embora não estejam expressamente consagrados na Lei Base, como tais, são direitos fundamentais, conduz também a constatação de que a simples disposição no texto constitucional não é suficiente para caracterizar um direito fundamental. É preciso também identificar a substância dos direitos fundamentais, os elementos que os caracterizam como direitos fundamentais em sentido material[72].

Para Vieira de Andrade, os direitos fundamentais em sentido material podem ser identificados a partir de um critério tríplice: (i) devem ser direitos atribuídos a todos os indivíduos ou a uma categoria genérica de indivíduos; (ii) devem atribuir posições jurídicas subjetivas ou garantir diretamente essas posições e (iii) devem estar radicados no princípio da dignidade da pessoa humana[73]. De acordo com Melo Alexandrino são a fundamentabilidade material de um direito pode ser determinada a partir das seguintes diretrizes: (i) O direito deve refletir uma especial relação entre o homem e o Estado; (ii) o direito deve garantir um bem ou interesse implicado na combinação do princípio da dignidade humana com os princípios da igualdade e da liberdade, resumida na “igual dignidade de todas as pessoas”[74]. Por fim, Paulo Otero afirma que gozam de fundamentabilidade natural aqueles direitos “inerentes a toda pessoa humana (...), enquanto expressão da caracterização do ser humano como indivíduo, membro da coletividade ou da grande família humana que representa a humanidade”.

A partir desses critérios apresentados pelos diferentes autores, podemos investigar se a liberdade artística é ou não um direito fundamental em sentido material. Com relação ao caráter geral deste direito, como um direito de toda pessoa humana, nós já vimos, quando tratamos da titularidade do direito à liberdade artística, que todos os seres humanos são titulares deste direito. No que concerne às posições jurídicas subjetivas, também demonstradas em tópico sobre a dimensão subjetiva deste direito, que ele consagra posições jurídicas subjetivas. Também ficou claro ao longo desta investigação que a liberdade artística reflete uma especial relação entre o homem e o Estado uma vez que uma parcela substancial do conteúdo desta liberdade compreende os deveres de abstenção e neutralidade e mesmo deveres de ação do Estado, ao mesmo tempo que a liberdade artística é também um direito de defesa contra interferências e obstáculos criados pelos poderes públicos. Finalmente, todos os juristas mencionados identificam

os direitos fundamentais como aqueles direitos radicados no princípio da dignidade da pessoa humana. Ora, como vimos, a dignidade da pessoa humana é fundamento e limite do direito à liberdade artística. Com efeito, a liberdade no campo das artes nada mais é do que uma concretização do direito ao livre desenvolvimento da personalidade e, conseqüentemente, do princípio da dignidade da pessoa humana. Simultaneamente, a dignidade da pessoa humana é princípio conformador desta liberdade, de modo que, as manifestações artísticas contrárias a este princípio estão excluídas de seu âmbito de proteção. Resta evidente, então, que, à luz dos critérios apresentados por qualquer um dos três autores mencionados, a liberdade artística é um direito fundamental não apenas em sentido formal, como também em sentido material.

Considerações Finais

A partir do que foi dito sobre a liberdade de expressão artística podemos concluir que esta é uma das liberdades específicas que compõe o gênero mais amplo das liberdades de expressão ou das liberdades comunicativas. No entanto, enquanto uma liberdade específica essa é uma liberdade que tem por fundamento da sua autonomia com relação às demais liberdades de expressão a própria arte, enquanto uma forma específica de expressão.

Concluimos que a liberdade de expressão artística é uma liberdade que compreende um conjunto de ações como a criação, a produção e divulgação da obra de arte. Esta liberdade abrange ainda o produto da criação artística, ou seja, a obra de arte propriamente dita, especialmente, por meio da proteção dos direitos de autor.

Embora seja um direito de liberdade e que, por isso, é caracterizada uma primazia das funções de defesa e dos deveres de abstenção do Estado, a liberdade artística não é apenas uma liberdade negativa, ela possui também uma dimensão positiva, na medida em que o efetivo exercício desta liberdade, muitas vezes depende de ações positivas dos poderes públicos. Além disso, adotando a tese do duplo caráter dos direitos fundamentais, percebemos que a liberdade de expressão artística possui uma dimensão subjetiva, consubstanciada em um conjunto de posições jurídicas subjetivas, que podem ser compreendidas como o poder ou possibilidade de alternativas de comportamento, e também uma dimensão objetiva que não apenas implica uma irradiação dessa liberdade fundamental por todo ordenamento como também revela a funções sociais dessa liberdade, na forma de contribuições para a democracia e o progresso da cultura.

Por fim, caracterizada a liberdade artística e demonstrado que, em última instância esta liberdade está radicada no princípio da dignidade da pessoa humana, concluimos pela sua natureza jurídica de direitos fundamental, tanto em sentido formal quanto em sentido material.

Bibliografia

AINIS, Michele. Per Una Storia Costituzionale Dell'Arte. In: *Politica Del Diritto*, ano XXIII, n. 3, settembre, 1992, p. 475-537.

_____. Cultura e Política: Il Modello Costituzionale. Milão: CEDAM, 1991

ALEXANDRINO, José de Melo. Direitos Fundamentais: Introdução Geral. Lisboa: Principia, 2007

_____. Estatuto Constitucional da Actividade de Televisão. Coimbra: Coimbra, 1998.

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1976. Coimbra: Almedina, 2007.

ASCENSÃO, José de Oliveira. O Direito de Autor no Ciberespaço. Portugal-Brasil Ano 2000, Coimbra: Coimbra, 1999, p. 83-103.

BARILE, Paolo. :Libertá di Manifestazione Del Pensiero e Libertá Dell'Arte Nell'Ordinamento Italiano. In: Atti del Seminario Internazionale su: "Público e Privato nel Sovvenzionamento delle Arti. L'Esperiensa Comparata di Italia e Stati Uniti d'America" Napoli: Istituto per lo Studio Comparato sulle Garanzie Dei Diritti Fondamentali

CARON, Rémi. L'Etat et La Culture. Paris: Econômica, 1989.

DICK, Howard. A. E. Liberta di Espressione, Libertá dell'Arte e il Primo Emendamento. In: Atti del Seminario Internazionale su: "Público e Privato nel Sovvenzionamento delle Arti. L'Esperiensa Comparata di Italia e Stati Uniti d'America" Napoli: Istituto per lo Studio Comparato sulle Garanzie Dei Diritti Fondamentali, p.159-177

FERREIRA, Eduardo André Folque. Liberdade de Criação Artística, Liberdade de Expressão e Sentimentos Religiosos. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, vol. XLII, n ° 1, 2001, p. 229-285.

GIUSEPPE, PERILU. L'Intervento Pubblico Nel Settore Artístico em Itália. In: Atti del Seminario Internazionale su: "Pubblico e Privato nel Sovvenzionamento delle Arti. L'Esperiencia Comparata di Italia e Stati Uniti d'America" Napoli: Istituto per lo Studio Comparato sulle Garanzie Dei Diritti Fondamentali, p. 106-115

HÄRBELE, Peter. Teoria de La Constitución Como Ciência de La Cultura. Madrid: Tecnos, 2000.

JAVIER, Tajadura. La Constitución Cultural. In: Revista de Derecho Político, número 43, 1998, p. 97-134.

MACHADO, Jonatas, Liberdade de Expressão: Dimensões Constitucionais da Esfera Pública do Sistema Social. Coimbra: Coimbra, 2002.

.

MELLO, Marco Aurélio. Liberdade de Expressão, Dignidade Humana e Estado Democrático de Direito. In: MIRANDA, Jorge e SILVA, Marco Antônio Marquês (org). Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana, p. 327-350.

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, Coimbra: Coimbra, 2008

_____. Notas Sobre Cultura, Constituição e Direitos Culturais, Coimbra: Almedina, 2006

_____. A Constituição e os Direitos de Autor. In: Estudos Vários Sobre Direitos Fundamentais. Estoril: Principia, 2006, p. 327-334.

_____. O Patrimônio Cultural e a Constituição : Tópicos. In: Direito do Patrimônio Cultural.Oeiras: INA, 1996, p. 253-278

NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Fundamentais: Trunfos Contra a Maioria. Coimbra: Coimbra, 2006

_____. As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas Pela Constituição. Coimbra: Coimbra, 2003.

OTERO, Paulo. Instituições Políticas e Constitucionais, vol. I, Coimbra: Almedina, 2007

OWEN, Fiss. La Ironia de La Libertad de Expression. Barcelona: Gedisa, 2001

PANTALEON, Fernando. La Constitucion, El Honor y El Espectro de La Censura Previa.In: Derecho Privado y Constitución. Ano 4, nº 10 (set-dez 1996).

PINTO, Paulo Mota. O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade. In: Portugal-Brasil Ano 2000. Coimbra: Coimbra, 1999, p. 149-246.

PEDRO, Jesús Pietro de. Cultura, Culturas y Constitución. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.

PIZZORUSO, Alessandro. The Constitucional Treatmente of Hate Speech. In: Convergence of Legal System in the 21st. Century. Bruxelas: Bruylent, 2006, p. 1205-1245

PONTIER, Jean Marie, BOURDON, Jacques e RICCI, Jean Claude. Droit de La Culture: Paris: Précis Dalloz, 1990

RIMOLI, Francesco. *La Libertà Dell'arte Nell'Ordinamento Italiano*. Padova : Cedam, 1992

RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. *A Indicação Constitucional dos Elementos Formadores do Patrimônio Cultural Brasileiro Como Contribuição Para o Fortalecimento da Idéia de Constituição Cultural* In: Mont'Alverne, Lima, Barreto e Albuquerque, Paulo Antônio de Menezes (org.). *Democracia, Direito e Política: Estudos Internacionais em Homenagem e Friedrich Muller – Florianópolis: Conceito Editorial, 2006, p. 474-479.*

SAN LUCA, Guido Clemente. *Liberta Dell'Arte e Potere Amministrativo*. Milão: Giuffrè, 1990.

SANTOS, Tânia Maria da. *O Direito à Cultura na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007

SEABRA, José Augusto. *Os Direitos e Deveres Culturais*, In: *Estudos Sobre a Constituição*, Lisboa: Petrony, 1979, p. 355-363.

SERRAMALERA, Mercé Barceló I. *Las Libertades de Expressión*. In: CALLEJÓN, Francisco Belaguer (coord). *Derecho Constitucional y Cultura: Estudios em Homenaje a Peter Härbele*, p.565-604

SILVA, José Afonso da. *Ordenação Constitucional da Cultura*. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Vasco Pereira da. *A Cultura a Que Tenho Direito: Direitos Fundamentais e Cultura*. Coimbra: Almedina, 2007.

VAQUER, Marcos. *Estado y Cultura: La Función Cultural de Los Poderes Públicos em La Constitucion Espanhola*. Madrid: Centro Editorial Ramón Areces, 1998.

[1] Sobre o tema ver: HÄRBELE, Peter. Teoria de La Constitución Como Ciência de La Cultura. Madrid: Tecnos, 2000.

[2] MACHADO, Jonatas, Liberdade de Expressão: Dimensões Constitucionais da Esfera Pública do Sistema Social. Coimbra: Coimbra, 2002, p 327.

[3] Rimoli, Francesco. La Libertà Dell'arte Nell'Ordinamento Italiano. Padova : Cedam, 1992, p. 26-27

[4] MELLO, Marco Aurélio de. Liberdade de Expressão, Dignidade Humana e Estado Democrático de Direito. In: MIRANDA, Jorge e SILVA, Marco Antônio Marquês (org). Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana, p. 327-350,p.239.

[5] José Afonso da Silva coloca a liberdade artística em um direito mais amplo que o autor define como liberdade de expressão cultural (SILVA, José Afonso da. Ordenação Constitucional da Cultura. São Paulo: Malheiros, 2001 p. 58.

[6] idem, p. 58.

[7] Para Tânia Maria dos Santos: “A liberdade de expressão cultural, um dos aspectos das formas de exteriorização da liberdade de opinião, manifesta-se ao determinar que o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e proporcionará meios de acesso às fontes de cultura nacional, apoiando, assim, a difusão das manifestações culturais” (SANTOS, Tânia Maria da. O Direito à Cultura na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007, p. 108).

[8] Sobre o tema afirma Francisco Luciano Lima Rodrigues: “Explicada a forma constitucional pela qual o Estado brasileiro indicou os elementos formadores do conceito do patrimônio cultural, pode-se concluir que o reconhecimento constitucional de várias etnias, bem como da importância de cada uma delas para a formação da identidade nacional, fortalece a idéia de constituição cultural a partir da inclusão da cultura, em sua dimensão científica de forma a completar os conceitos jurídicos existentes, sem, no entanto, substituí-los, como Härbele, confirmando, desta forma, o pluralismo da república.”(RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. A Indicação Constitucional dos Elementos Formadores do Patrimônio Cultural Brasileiro Como Contribuição Para o Fortalecimento da Idéia de Constituição Cultural In: Mont’Alverne, Lima, Barreto e Albuquerque, Paulo Antônio de Menezes (org.). Democracia, Direito e Política: Estudos Internacionais em Homenagem e Friedrich Muller – Florianópolis: Conceito Editorial, 2006, p. 474-479, 479).

[9] Nesse sentido o entendimento do Supremo Tribunal Federal: “a imunidade tributária sobre livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão tem por escopo evitar embaraços ao exercício da liberdade de expressão, intelectual artística e científica e de comunicação, bem como facilitar o acesso da população à cultura, à informação e à educação” (Recurso Extraordinário nº 22.1239/SP, 06.08.2004).

[10] Enumerações nesse sentido, não estão presentes na Constituição Brasileira, mas, podem ser encontradas no artigo ... da Constituição Espanhola, bem como no artigo... da Constituição Portuguesa.

[11] VAQUER, Marcos. Estado y Cultura: La Función Cultural de Los Poderes Públicos em La Constitucion Espanhola. Madrid: Centro Editorial Ramón Areces, 1998, p. 190.

[12] MIRANDA, Jorge. Notas Sobre Cultura, Constituição e Direitos Culturais. Coimbra: Almedina, 2006, p. 764

[13] VAQUER, Marcos. Estado y Cultura: La Función Cultural de Los Poderes Públicos em La Constitucion Espanhola. Madrid: Centro Editorial Ramón Areces, 1998, p. 190

[14] Nas palavras de Jorge Miranda: “*Não há liberdade de criação sem liberdade de expressão (...). E trata-se mesmo de uma liberdade de expressão qualificada, até porque a expressão pode ser de pensamento como de sentimentos e emoções*”(Jorge. Notas Sobre Cultura, Constituição e Direitos Culturais. Coimbra: Almedina, 2006, p. 764.).

[15] Na Espanha, por exemplo, o silêncio da constituição sobre o tema enseja discussão doutrinária. Assim, para Marcos Vaquer, a liberdade artística estende-se não só ao ato de criação mas também à proteção do resultado, abrangendo também os direitos de autor (VAQUER, Marcos. Estado y Cultura: La Función Cultural de Los Poderes Públicos em La Constitucion Espanhola. Madrid: Centro Editorial Ramón Areces, 1998. p. 194). Em sentido contrário entende Barcelo I Serramalera, para quem os direitos autorais não estão incluídos nas previsões do artigo 20.1 b) da Constituição Espanhola que trata da liberdade artística, nem os direitos morais nem os direitos patrimoniais de autor (SERRAMALERA, Mercé Barceló I. Las Libertades de Expresión. In: CALLEJÓN, Francisco Belaguer (coord). Derecho Constitucional y Cultura: Estudos em Homenaje a Peter Härbele, p.565-604,p. 581).

[16] ASCENSÃO, José de Oliveira. O Direito de Autor no Ciberespaço. Portugal-Brasil Ano 2000, Coimbra: Coimbra, 1999, p. 83-103, p. 86.

[17] MIRANDA, Jorge. A Constituição e os Direitos de Autor. In: Estudos Vários Sobre Direitos Fundamentais. Estoril: Principia, 2006, p. 327-334, p. 329-330.

[18] MIRANDA, Jorge. Notas Sobre Cultura, Constituição e Direitos Culturais, Separata da Revista “O Direito IV”, Coimbra: Almedina, 2006, p. 764.

[19] ASCENSÃO, José de Oliveira. O Direito de Autor no Ciberespaço. Portugal-Brasil Ano 2000, Coimbra: Coimbra, 1999, p. 83-103, p. 90.

[20] Sobre o Tema afirma Oliveira Ascensão: “*E chegamos assim ao que caracteriza a realidade presente. Fala-se muito na tutela do autor, mas na realidade quem se visa proteger é o empresário. O empresário é já hoje o beneficiário principal da proteção formalmente atribuída ao autor*”. (idem, p. 91).

[21] De fato, de acordo com Melo Alexandrino: “*Um dos domínios mais complexos do Direito Constitucional moderno é o das restrições aos Direitos Fundamentais. É aí que se registram as maiores divergências e a maior confusão logo ao nível terminológico, que prosseguem e se agravam depois aos níveis teórico, prático e das orientações*

jurisprudências” (ALEXANDRINO, José de Melo. Direitos Fundamentais: Introdução Geral. Lisboa: Principia, 2007, p. 108).

[22] NOVAIS, Jorge Reis. As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas Pela Constituição. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 292-309.

[23] ALEXANDRINO, José de Melo. Direitos Fundamentais: Introdução Geral. Lisboa: Principia, 2007, p. 110.

[24] NOVAIS, Jorge Reis. As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas Pela Constituição. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 310.

[25] *idem*, p. 310-315.

[26] ALEXANDRINO, José de Melo. Direitos Fundamentais: Introdução Geral. Lisboa: Principia, 2007, p. 110

[27] ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1976. Coimbra: Almedina, 2007, p?

[28] Nas Palavras de Vieira de Andrade: *“No que respeita aos limites, imanentes, embora seja de rejeitar um modelo ‘pré-formativo’, que sustente a recondução à hipótese normativa constitucional de todas as limitações possíveis, acima referenciadas (nos termos da chamada ‘teoria interna’), deve admitir-se uma interpretação das normas constitucionais que restrinja à partida o âmbito de proteção da norma que prevê o direito fundamental, excluindo os conteúdos que possam considerar-se de plano constitucionalmente inadmissíveis, mesmo quando não expressamente ressalvados na definição textual do direito”* (*idem*, p 287).

[29] *idem*, p 292-330.

[30] ALEXANDRINO, José de Melo. Direitos Fundamentais: Introdução Geral. Lisboa: Principia, 2007, p. 112.

[31] *idem*, p. 114.

[32] Essa é a definição de colisão ou conflito dada por Vieira de Andrade (ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1976. Coimbra: Almedina, 2007, p. 321). Melo Alexandrino dá definição aproximada, admitindo que a colisão se dá no caso concreto, entretanto, se afasta um pouco do entendimento de Vieira de Andrade, porque entende que a solução das colisões se dá apenas pelos titulares dos direitos, entidades chamadas e intervir ou, finalmente, pelos Tribunais (ALEXANDRINO, José de Melo. Direitos Fundamentais: Introdução Geral. Lisboa: Principia, 2007, p. 114). Aqui como nosso objetivo é investigar a definição ou o conteúdo da liberdade artística e não propriamente a intervenção do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, no âmbito de intervenção desta liberdade, optamos pela concepção mais ampla de Vieira de Andrade.

[33] NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Fundamentais: Trunfos Contra a Maioria. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 147.

[34] De acordo com Paulo Mota Pinto: “O conceito de dignidade da pessoa humana é, assim, elevado a valor fundamental que confere sentido e unidade às disposições constitucionais e, em particular às relativas aos direitos fundamentais” (PINTO, Paulo Mota. O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade. In: Portugal-Brasil Ano 2000. Coimbra: Coimbra, 1999, p. 149-246, p. 151).

[35] OWEN, Fiss. La Ironia de La Libertad de Expression. Barcelona: Gedisa, 2001, p. 26.

[36] idem, p. 28.

[37]PIZZORUSO, Alessandro. The Constitucional Treatment of Hate Speech. In: Convergence of Legal System in the 21st. Century. Bruxelas: Bruylent, 2006, p. 1205-1245, p. 1207

[38] Para Paulo Otero, a intolerância é mais natural no homem do que a tolerância, logo, o Estado de direitos humanos deve promover, através da educação, a tolerância como valor mais conforme ao respeito da dignidade da pessoa humana (OTERO, Paulo. Instituições Políticas e Constitucionais, vol. I, Coimbra: Almedina, 2007,p. 660).

[39] Nesse sentido o entendimento de Jónatas Machado. O autor reconhece que não são impossíveis conflitos entre a liberdade artística e os direitos da personalidade, embora ressalte que pode ser difícil, no caso concreto, em hipóteses de uma obra de ficção de sátiras ou de caricaturas com objetivos jocosos, determinar o que está acobertado pela liberdade artística e o que constitui violações aos direitos da personalidade (MACHADO, Jonatas, Liberdade de Expressão: Dimensões Constitucionais da Esfera Pública do Sistema Social. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 747 e 822-829).

[40] Para José Afonso da Silva que entende que adota um conceito restrito de censura e entende que a vedação da censura é um princípio absoluto – ou quase absoluto – a solução para esse conflito é a reparação civil do dano *a posteriori* através da indenização do dano moral ou material decorrente da violação (SILVA, José Afonso da. Ordenação Constitucional da Cultura. São Paulo: Malheiros, 2001, p.70).

[41] Para José Afonso da Silva, a liberdade de expressão – que para o autor engloba a liberdade artística – prevalece exceto nas hipóteses de restrições expressas na Constituição, em especial com relação a proteção da infância e da adolescência. O jurista assume então que a proteção da infância e da adolescência é o principal fundamento de limitações à liberdade de expressão (idem, p. 69).

[42] MACHADO, Jonatas, Liberdade de Expressão: Dimensões Constitucionais da Esfera Pública do Sistema Social. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 831.

[43] Nesse sentido o entendimento de Robert Alexy para quem a liberdade negativa consiste em uma alternativa de ação (ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 222-223).

[44] Adotamos aqui a ideia geral de direitos subjetivos apresentada por Vieira de Andrade como: “... *um poder ou faculdade para a realização efetiva de interesses que são reconhecidos por uma norma jurídica como próprios do respectivo titular*”

(ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1976. Coimbra: Almedina, 2007, p. 19).

[45] SERRAMALERA, Mercé Barceló I. Las Libertades de Expresión. In: CALLEJÓN, Francisco Belaguer (coord). Derecho Constitucional y Cultura: Estudos em Homenaje a Peter Härbele, p.565-604, p. 578 e 580.

[46] ALEXANDRINO, José Alberto de Melo. Estatuto Constitucional da Actividade de Televisão. Coimbra: Coimbra, 1998, p. 96.

[47] MACHADO, Jonatas, Liberdade de Expressão: Dimensões Constitucionais da Esfera Pública do Sistema Social. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 382.

[48] É nesse sentido o entendimento de Melo Alexandrino para quem a liberdade de expressão apresenta uma completa resistência à funcionalização (ALEXANDRINO, José Alberto de Melo. Estatuto Constitucional da Actividade de Televisão. Coimbra: Coimbra, 1998, p. 72 e seguintes).

[49] ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1976. Coimbra: Almedina, 2007, p. 114.

[50] ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1976. Coimbra: Almedina, 2007, p. 115

[51] idem, p. 115.

[52] HÄRBELE, Peter. Teoria de La Constitución Como Ciência de La Cultura. Madrid: Tecnos, 2000, p. 83.

[53] José Augusto Seabra chega mesmo a considerar a consagração das liberdades culturais nos direitos liberdades e garantias como uma resposta ao perigo da censura (SEABRA, José Augusto. Os Direitos e Deveres Culturais, In: Estudos Sobre a Constituição, Lisboa: Petrony, 1979, p. 355-363, p. 356).

[54] MACHADO, Jonatas, Liberdade de Expressão: Dimensões Constitucionais da Esfera Pública do Sistema Social. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 493-495.

[55] PANTALEON, Fernando. La Constitución, El Honor y El Espectro de La Censura Previa. In: Derecho Privado y Constitución. Ano 4, nº 10 (set-dez 1996).

[56] MACHADO, Jonatas, Liberdade de Expressão: Dimensões Constitucionais da Esfera Pública do Sistema Social. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 502.

[57] idem, p. 489

[58] SERRAMALERA, Mercé Barceló I. Las Libertades de Expresión. In: CALLEJÓN, Francisco Belaguer (coord). Derecho Constitucional y Cultura: Estudos em Homenaje a Peter Härbele, p.565-604, p. 569.

[59] MACHADO, Jonatas, *Liberdade de Expressão: Dimensões Constitucionais da Esfera Pública do Sistema Social*. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 491.

[60] PEDRO, Jesús Pietro de. *Cultura, Culturas y Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 239

[61] A idéia da mudança de perspectiva é defendida por Fiss Owen que afirma que a nova percepção do Estado enquanto uma fonte de liberdade e não enquanto inimigo desta, revoluciona o debate sobre a liberdade de expressão, ensejando uma séria de novas questões, dentre elas, o problema, por exemplo, do financiamento público das artes (OWEN, Fiss. *La Ironia de La Libertad de Expression*. Barcelona: Gedisa, 2001, p. 12)

[62] Jorge Reis Novais, quando trata do tema, não especificamente com relação à liberdade artística mas sim em torno das liberdades em geral, afirma que, hoje, é possível extrair dos direitos fundamentais “*uma exigência genérica de fomento da liberdade*” (NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas Pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003 p. 74).

[63] De acordo com Vasco Pereira da Silva, é necessário conciliar a Constituição Econômica com a Constituição Cultural (SILVA, Vasco Pereira da. *A Cultura a Que Tenho Direito: Direitos Fundamentais e Cultura*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 64).

[64] Com efeito, a dimensão positiva da liberdade artística não pode ser compreendida como uma dimensão de caráter individual (SERRAMALERA, Mercé Barceló I. *Las Libertades de Expressión*. In: CALLEJÓN, Francisco Belaguer (coord). *Derecho Constitucional y Cultura: Estudos em Homenaje a Peter Härbele*, p.565-604, p. 582).

[65] Para Pontier, Ricci e Bourdon. O serviço público da cultural, tal como qualquer serviço público, deve ser regido pelo princípio da igualdade (PONTIER, Jean Marie, BOURDON, Jacques e RICCI, Jean Claude. *Droit de La Culture*: Paris: Précis Dalloz, 1990, p.90-97). Para Guido Clemente San Luca, o princípio da igualdade, mais do que um fim pode significar um modo de intervenção no campo artístico (

SAN LUCA, Guido Clemente. *Liberta Dell'Arte e Potere Amministrativo* Milão: Giuffrè, 1990 p. 99-100).

[66] Para Jorge Reis Novais: “*Quanto maior for, no caso concreto, a necessidade de prover as condições fáticas do exercício dos direitos fundamentais, menor será o peso das concepções próprias do órgão estatal...*” (NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas Pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 76).

[67] Rimoli, Francesco. *La Libertà Dell'arte Nell'Ordinamento Italiano*. Padova : Cedam, 1992, p. 159-160.

[68] AINIS, Michele, *Cultura e Política: Il Modello Costituzionale*. Milão: CEDAM, 1991, p. 119.

[69]MIRANDA, Jorge. O Patrimônio Cultural e a Constituição : Tópicos. In: Direito do Patrimônio Cultural.Oeiras: INA, 1996, p. 253-278, p. 259.

[70]AINIS, Michele, Cultura e Política: Il Modello Costituzionale. Milão: CEDAM, 1991, p. 114.

[71] SAN LUCA,Guido Clemente. Liberta Dell'Arte e Potere Amministrativo. Milão: Giuffrè, 1990. p. 102.

[72] ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1976. Coimbra: Almedina, 2007, p. 77.

[73] Idem, p. 82-83.

[74] ALEXANDRINO, José de Melo. Direitos Fundamentais: Introdução Geral. Lisboa: Principia, 2007, p. 54.